

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES INCERTITUDES JURIDICTIONNELLES EN TÉLÉMÉDECINE, OÙ EST POSÉ L'ACTE MÉDICAL ?

Auteur(s) : Robert P. KOURI
Sophie BRISSON

Revue : *RDUS*, 2004-2005, volume 35, numéro 2

Pages : **521-547**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/11945>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/11945>

Page vide laissée intentionnellement.

LES INCERTITUDES JURIDICTIONNELLES EN TÉLÉMÉDECINE, OÙ EST POSÉ L'ACTE MÉDICAL?

par Robert P. KOURI*
Sophie BRISSON**

La télémédecine soulève des interrogations relativement à certains enjeux comme la responsabilité civile, le droit d'exercice, la rémunération du médecin pour la prestation de services assurés en vertu des régimes publics d'assurance-santé et la gouvernance de la profession médicale. Le locus de l'acte médical joue inévitablement un rôle important dans la résolution de ces problématiques. Sur le plan légal cependant, le locus de l'acte médical varie selon l'aspect particulier étudié. Par exemple, les règles régissant les conflits de lois en matière de responsabilité civile médicale ne s'appliquent pas aux questions concernant le droit d'exercice ou le droit disciplinaire. L'adoption d'une législation uniforme par les juridictions concernées, énonçant les règles applicables aux situations juridiques découlant de la télémédecine, semble être la solution la plus évidente.

The practice of telemedicine raises issues relating to matters such as legal liability, licensure, remuneration under provincial health insurance programmes and the regulation of medical practice. The locus of the medical act necessarily plays a key role in resolving questions of this nature. However, for legal purposes, the locus of the medical act varies according to the context under discussion. For example, the rules governing conflicts of law in malpractice liability do not apply to matters of professional licensure or discipline. Therefore, the most obvious solution lies in the adoption of uniform legislation dealing specifically with issues arising from telemedicine.

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et membre du Groupe de recherche en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke (GREDSUS).

**. Avocate, étudiante au programme de Maîtrise en Droit et Politiques de la Santé de l'Université de Sherbrooke et assistante de recherche du Groupe de recherche en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke (GREDSUS).

SOMMAIRE

Introduction	523
I - <i>Locus</i> de l'acte médical eu égard aux règles régissant les conflits de lois	524
II - <i>Locus</i> de l'acte médical eu égard à la réglementation de la pratique télé médicale	533
Conclusion	546

Introduction

L'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans le but de fournir des services de santé à distance¹ constitue certainement un développement intéressant dans l'évolution de la pratique médicale. Elle permet d'offrir à tout patient un accès rapide à des soins de santé de qualité, sans égard à son éloignement géographique². Cependant, la télémedecine soulève certaines difficultés relativement à la compétence juridictionnelle³ ainsi qu'à la réglementation entourant ce moyen innovateur de fournir des soins médicaux⁴. La télémedecine complexifie les situations juridiques en soulevant des controverses sur la nature même des rapports entre médecin et patient, plus particulièrement à l'égard de la responsabilité civile, du droit d'exercice du médecin et du droit à la vie privée du patient. Elle pose également certaines autres interrogations relativement au droit à la rémunération du médecin pour la prestation de services assurés en vertu des régimes publics d'assurance-maladie⁵ ainsi qu'à la gouvernance même de la profession médicale lorsque les services sont rendus par des médecins détenant un permis d'exercice délivré à l'étranger⁶.

-
1. P. Jennett et B. Siedlecki, «Telehealth Policy: Building a Functional System» (2000-01) 1 Telehealth Law 53; S. Callens, «Telemedicine and European Law» (2001-02) 2 Telehealth Law 34; R. W. Pong et J. C. Hogenbirk, «Licensing Physicians for Telehealth Practice: Issues and Policy Options» (1999) 8:1 Health Law Review 3.
 2. D. R. Batson, «Pennsylvania's Abortive Attempts to Regulate Telemedicine Through Restrictive Licensure Requirements: Protecting the Patient or Protecting the Profession» (2002) 106 Dick. L. Rev. 591 à la p. 595; R. D. Silverman, «Regulating Medical Practice in the Cyber Age: Issues and Challenges for State Medical Boards» [2000] Am. J. L. & Med. 255 à la p. 263.
 3. J. D. Blum, «Telemedicine Poses New Challenges for the Law» (1999) 20:1 Health L. Can. 115 à la p. 124. La prescription de médicaments par internet présente plusieurs difficultés quant à la réglementation, voir Silverman, *ibid.* aux pp. 270 et s.
 4. D. A. Crolla, «Cyberlaw: A Potent New Medicine for Health Law on the Internet» (2000-01) 2 Telehealth Law 13 à la p. 14.
 5. S. Hasham, R. Akalu et P. G. Rossos, «Medico-legal Implications of Telehealth in Canada» (2003-04) 4 Telehealth Law 9; Blum, *supra* note 3 aux pp. 119 et s.; Jennett et Siedlecki, *supra* note 1 aux pp. 55 et s. Voir généralement S. E. Volkert, «Telemedicine: Rx for the Future of Health care» (2000) 6 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 147.
 6. Notons que, pour bénéficier des soins du régime public d'assurance-maladie de sa province de résidence, le patient doit normalement rencontrer face-à-face le médecin qui se voit ainsi confier un rôle de porte d'entrée dans l'allocation des ressources disponibles dans une région géographique donnée, voir J. Carlisle, «Regulatory Aspects of Telemedicine in Canada» (2000-01) 1 Telehealth Law 4 à la p. 6.

Dans la recherche de solutions aux controverses soulevées par la télémedecine, le réflexe légitime du juriste est d'espérer que le paradigme médico-légal traditionnel soit en mesure de répondre entièrement à la tâche. Malheureusement, la réalité est toute autre puisque les éléments pertinents de la problématique à considérer varient selon l'aspect particulier étudié. Sur ce fond se pose la question du lieu d'exercice en télémedecine. Par exemple, dans la détermination du droit applicable au litige issu de la négligence dans un contexte télémedical, on doit se référer aux règles ordinaires applicables aux conflits de lois, tandis que dans la délimitation de la portée juridictionnelle de la législation encadrant la pratique médicale sur un territoire donné, on sera contraint de déterminer de prime abord si l'acte est réputé avoir été posé au lieu où se trouve le patient ou au lieu où se trouve le médecin.

Comme nous le verrons, l'absence de principe général quant à la détermination du *locus* de l'acte médical en télémedecine peut mener à des solutions qui diffèrent selon la nature de la matière envisagée.

I - *Locus* de l'acte médical eu égard aux règles régissant les conflits de lois

Pour déterminer le *locus* d'un acte «télémedical» en matière de conflits, on applique les règles de droit international privé propres aux rapports contractuels ou extracontractuels entre les parties impliquées. Pour ce faire, il importe d'abord de distinguer la *lex fori*, ou juridiction adjudicative, applicable aux questions de procédure, de la *lex causae*, c'est-à-dire la loi applicable au fond du litige selon la matière concernée.

En droit civil québécois, l'article 3148 C.c.Q., se rapportant aux actions personnelles à caractère patrimonial, affirme que les tribunaux québécois sont compétents dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

- 1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;
- 2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis des litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Le second alinéa de cet article édicte toutefois que les tribunaux québécois perdent compétence si les parties conviennent de soumettre leurs litiges à une autorité étrangère. De façon plus générale, mais n'ayant peu ou pas de pertinence en matière de télémedecine, les tribunaux québécois peuvent asseoir leur compétence lorsqu'une autorité québécoise décide que l'affaire présente des liens suffisants avec le Québec et que l'introduction d'une action à l'étranger s'avère impossible⁷. De plus, comme c'est le cas dans la plupart des autres juridictions, le *Code civil du Québec* reconnaît l'autorité du principe du *forum non conveniens*, lequel permet à l'autorité québécoise de décliner compétence en faveur des autorités d'un autre État qu'elle estime mieux à même de trancher le litige, malgré la présence d'éléments de rattachement la rendant par ailleurs compétente⁸.

En Common law canadienne, la juridiction *in personam* est établie lorsque le défendeur reçoit signification de l'action dans la province, se soumet à la juridiction du tribunal ou si, selon Martha Bailey, «the defendant was served *ex juris* in accordance with provincial rules, provided there is real and substantial connection between the forum and the dispute or the parties»⁹. De la même manière qu'en droit civil québécois, les tribunaux de Common law peuvent, exceptionnellement et à la demande d'une partie, exercer leur discrétion et décliner compétence afin de permettre l'introduction de l'action dans un *forum* présentant un lien plus étroit avec le litige¹⁰.

7. Art. 3136 C.c.Q.

8. Art. 3135 C.c.Q; *N.M. v. S.S.*, [1996] A.Q. No 4178 (C.A.) (QL).

9. M. Bailey, «Adjudicatory Jurisdiction and Telehealth» (2000-01) 2 *Telehealth Law* 1 à la p. 3, voir les arrêts cités à la note 5, notamment *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 aux pp. 1108-09, juge La Forest.

10. Bailey, *ibid.*, voir plus particulièrement l'arrêt cité à la note 6, *Amchem Products Inc. c. British Columbia (Worker's Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897 à la p. 982.

Quant au droit applicable aux litiges résultant de l'exercice de la télémedecine, le droit civil québécois impose la qualification préalable des liens juridiques unissant un demandeur et un défendeur, lesquels peuvent être de nature contractuelle ou extracontractuelle. En l'absence de contrat, l'article 3126 C.c.Q. prévoit que l'obligation de réparer le préjudice est régie par la loi de l'État où le fait générateur est survenu. Lorsque le préjudice est apparu dans une autre juridiction, la loi de cet État s'applique si la personne ayant commis l'acte dommageable devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait. Sur le plan extracontractuel, le droit civil québécois adhère donc, en principe, à la règle du *lex loci delicti*¹¹, laquelle prescrit que le lieu de la survenance de l'acte ou de l'omission fautive¹² détermine la loi applicable au litige¹³.

Dans le cas où le fautif devait prévoir que le préjudice se manifesterait dans un État autre que celui du lieu où le fait générateur du préjudice est survenu, la loi applicable serait exceptionnellement celle du lieu où le préjudice s'est effectivement manifesté¹⁴. À cet égard, le professeur Emanuelli est d'avis que la notion de prévisibilité s'apprécie en fonction d'un critère objectif et consiste à se demander si une personne raisonnable placée dans la situation de l'auteur de la faute aurait envisagé la survenance du préjudice¹⁵. Toutefois, le texte du *Code civil du Québec* affirme clairement que la loi de l'État où le préjudice est apparu s'applique «si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait». L'interprétation littérale de l'article 3126 C.c.Q. semble donc

11. G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. 2, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1998 au para. 466.

12. Dans certains cas, l'acte n'a pas à être fautif, voir par ex. *Spar Aerospace Ltd. c. American Mobile Satellite Corp.*, [2000] R.J.Q. 1405 (C.A.).

13. C. Emanuelli, *Droit international privé québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2001 au para. 529.

14. Art. 3126 C.c.Q., al. 1 («[l']obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.». Il faut prendre note d'une divergence entre les deux versions, française et anglaise, du texte législatif. En anglais, l'article se lit plutôt comme suit : «[t]he obligation to make reparation for injury caused to another is governed by the law of the country where the injurious act occurred. However, if the injury appeared in another country, the law of the latter country is applicable if the person who committed the injurious act should have foreseen that the damage would occur». Afin d'être conforme à la version française, il aurait fallu ajouter le mot «there» à la fin de la dernière phrase de la version anglaise de l'article).

15. Emanuelli, *supra* note 13.

militer en faveur d'une évaluation *in concreto*¹⁶. D'autres auteurs, en l'occurrence les professeurs Talpis et Castel, maintiennent que cet article du *Code civil du Québec* énonce une présomption simple de prévisibilité¹⁷. Sur ce point également, il serait utile de mentionner que le libellé de l'article 3126 C.c.Q. ne semble pas soutenir cette opinion¹⁸.

Dans le cadre de la pratique interjuridictionnelle de la télémedecine, il est fort probable qu'un tribunal décidera que le médecin aurait dû prévoir qu'une erreur fautive de sa part serait susceptible de causer un préjudice au patient dans un État autre que celui d'où il exerce. En conséquence, on peut anticiper qu'une faute commise par un médecin en Ontario à l'égard d'un patient situé au Québec serait jugée en fonction du droit québécois.

Lorsque les liens juridiques unissant les parties concernées découlent de rapports conventionnels, l'obligation de réparer le préjudice est régie par la loi applicable au contrat¹⁹. Cette loi sera celle désignée expressément ou implicitement dans le contrat²⁰ ou, à défaut de telle désignation, celle de la juridiction avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits, compte tenu de sa nature et des circonstances²¹. Afin de déterminer la juridiction en question, l'article 3113 C.c.Q. énonce comme facteur de rattachement le lieu de résidence de la partie devant fournir la prestation caractéristique de l'acte, ou le lieu de son établissement, lorsque le contrat est conclu dans le cours des activités d'une entreprise. Ajoutons que, selon le troisième alinéa de l'article 1525 C.c.Q.,

16. Sur la règle de l'interprétation littérale, voir dans P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 357 et s.

17. J. A. Talpis et J.-G. Castel, «Le Code civil du Québec: interprétation des règles du droit international privé» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil: priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires*, t. 3, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, 801 au para. 368.

18. Goldstein et Groffier, *supra* note 11, rejettent la notion de présomption de prévisibilité («[m]ême si cette interprétation rend plus lourde la charge du demandeur, il faut rappeler que l'application de la loi du lieu du préjudice signifie que l'auteur de celui-ci sera jugé selon un standard différent de celui de son milieu normal» au para. 466).

19. Art. 3127 C.c.Q.

20. Art. 3111 C.c.Q.

21. Art. 3112 C.c.Q.

[c]onstitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services.²²

Dans l'hypothèse de la prestation transfrontalière de services télé médicaux, à moins d'une stipulation désignant expressément la *lex causae* dans le contrat, on appliquerait la loi du lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique ou celle du lieu de l'établissement de son entreprise. Dans ces derniers cas, la loi applicable serait donc celle du médecin fournissant les soins ou services télé médicaux. Si on reprend l'exemple du médecin ontarien soignant à distance un patient au Québec, la loi applicable sera cette fois-ci celle de l'Ontario.

En Common law canadienne, la Cour suprême du Canada s'était déjà penchée sur la détermination de la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle («torts»). Dans l'affaire *Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*²³, le juge La Forest, parlant au nom de la Cour, affirme que,

[s]i on part du principe général selon lequel un État a compétence exclusive à l'intérieur de son propre territoire et les autres États doivent, suivant les principes de la courtoisie, respecter l'exercice de sa compétence à l'intérieur de son territoire, il me semble évident qu'en général, à tout le moins, la loi qu'il faut appliquer en matière de

-
22. Selon les Commentaires du Ministre de la Justice sur le *Code civil du Québec*, «[l]a notion d'entreprise recouvre l'ensemble de ces activités, lesquelles dépassent donc le cadre des activités commerciales puisqu'elles visent également, entre autres, les activités artisanales, agricoles, professionnelles ou fondées sur la coopération», voir Québec, Ministère de la justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 937.
23. [1994] 3 R.C.S. 1022 [*Tolofson*], infirmant (1992), 89 D.L.R. (4^e) 129, 3 W.W.R. 743 (B.C.C.A.), infirmant (1989), 40 B.C.L.R. (2^e) 90 (C. Sup.) (dans *Tolofson c. Jensen*), infirmant (1992), 99 D.L.R. (4^e) 125, 11 O.R. (3^e) 422 (C.A.), confirmant en partie (1991), 3 O.R. (3^e) 38 (Div. Gén. Ont.) (dans *Lucas (Litigation Guardian of) c. Gagnon*).

responsabilité délictuelle est la loi du lieu où l'activité s'est déroulée, c'est-à-dire la *lex loci delicti*.²⁴

Dans les circonstances les plus vraisemblables en télémedecine, c'est-à-dire lorsqu'un médecin et son patient se trouvent à l'intérieur de juridictions distinctes²⁵, l'analyse du juge La Forest mérite d'être nuancée pour la raison évidente que dans *Tolofson*, l'acte fautif et le préjudice souffert se sont produits dans la même juridiction. Conséquemment, toute affirmation de la Cour faisant référence à une hypothèse différente de celle-là serait un simple *obiter dictum*. Malgré tout, le juge La Forest ajoute que «[c]ertes il existe des situations, notamment lorsqu'un acte est accompli à un endroit, mais que ses conséquences se font sentir directement ailleurs, où la question de savoir où le délit lui-même a été commis pose des problèmes épineux. En pareil cas, il se peut bien que l'on juge que les conséquences constituent la faute»²⁶.

-
24. *Tolofson*, *ibid.* aux pp. 1049-50. Voir J. P. McEvoy, «Choice of Law in Torts: The New Rule» (1995) 44 U.N.B.L.J. 211 (commentant l'arrêt *Tolofson*, McEvoy exprime le point de vue selon lequel «[c]ertainty and simplicity have triumphed in Canadian conflict of laws. Having *lex loci delicti* as the strict choice of law rule for intra-Canadian multi-jurisdictional torts - but with a rare exception in relation to international torts - simplifies the judicial task and will promote settlements, reduce transaction costs and promote efficiencies within the legal system» [note omise] à la p. 224). Pour d'autres commentaires relativement à la décision de la Cour Suprême dans *Tolofson*, voir notamment : P. Kincaid, «*Jenson v. Tolofson* and the Revolution in Tort Choice of Law» (1995) 74 Can. Bar Rev. 537; R. M. Junger, «Case Comment» (1996) 23 Man. L.J. 689; J. Walker, «A Tale of Two Fora: Fresh Challenges in Defending Multijurisdictional Claims» (1995) 33 Osgoode Hall L.J. 549; J.-G. Castel, «Back to the Future! Is the 'New' Rigid Choice of Law Rule for Interprovincial Torts Constitutionally Mandated?» (1995) 33 Osgoode Hall L.J. 35 [Castel, «Back to the Future!»]; J. Walker, «Case Comment» (1995) 111 Law Q. Rev. 397; J. Swan, «Choice of Forum and Choice of Law: The Implications of the New Criteria for Judicial Control» (1996) 10 Advocates' Q. 22; William Tetley, «New Directions in Private International Law: *Tolofson v. Jensen* and *Gagnon v. Lucas*» (1996) 44 Am. J. Comp. L. 647; C. Walsh, «Territoriality and Choice of Law in the Supreme Court of Canada: Applications in Products Liability Claims» (1997) 76 Can. Bar Rev. 91; J. P. McEvoy, «Characterization of Limitation Statutes in Canadian Private International Law: The Rocky Road of Change» (1996) 19 Dalhousie L.J. 425; J. Swan, «Federalism and the Conflict of Laws: The Curious Position of the Supreme Court of Canada» (1995) 46 S.C.L. Rev. 923.
25. Tel que l'écrivent Castel et Walker, «[i]t can be particularly difficult to determine where a tort has occurred for the purposes of identifying the applicable law when the defendant's wrongful act or omission has occurred in one place and the plaintiff has sustained injury in another place or places, or when the injury is sustained in the course of dealings between places», voir J.-G. Castel et J. Walker, *Canadian Conflict of Laws*, 5^e éd., Markham, Butterworths, 2002 à la p. 35-17.
26. *Tolofson*, *supra* note 23 à la p. 1050.

Plusieurs années avant *Tolofson*, dans l'affaire *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd*²⁷, la Cour suprême a eu l'occasion de discuter du *locus* d'un délit civil lorsque l'acte fautif a été commis dans une juridiction et le préjudice a été subi dans une autre, mais uniquement aux fins de déterminer le tribunal compétent. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson a exprimé l'opinion que «[s]i l'atteinte constitue l'essence d'un délit civil, un facteur dominant dans la détermination du *situs* doit être le lieu où le droit de quelqu'un [à la sécurité personnelle] a été violé»²⁸. Ceci rend plausible le point de vue exprimé dans *Tolofson* à l'effet que la *lex loci delicti* serait effectivement la loi de l'endroit où le préjudice a été subi et non celui de l'acte fautif²⁹.

À cause de la structure d'analyse des conflits de lois, la détermination de la loi applicable en Common law dépend grandement de la qualification préalable de la question en litige. Dans un premier temps, on qualifie de manière générale la matière qui fait l'objet de la question en litige : soit il s'agit d'une question de procédure, auquel cas la *lex fori* s'applique ou, alors, il s'agit d'une question de droit substantif, auquel cas il faut poursuivre l'analyse³⁰. Dans un deuxième temps, il faut qualifier la question en litige selon la matière

27. [1975] 1 R.C.S. 393 [*Moran*], infirmant [1972] 5 W.W.R. 456, 30 D.L.R. (3^e) 109 (Sask. C.A.), infirmant [1972] 3 W.W.R. 161 (Sask. Q.B.).

28. *Moran*, *ibid.* à la p. 405.

29. Voir Castel, «Back to the Future!», *supra* note 24 («[...] *Moran v. Pyle* does not contain an adequate answer as it is questionable whether jurisdictional cases should be used for choice of law purposes. To adopt the test of most real and substantial connection to determine the place of tort is not satisfactory either. In order to avoid using the determination of the place of tort as an escape device, it would have been better if the Court had definitely held that in all situations the place of injury is the place of tort, instead of just alluding to it. Another formulation of the rule could have been as follows: "as a general rule, the law to be applied in torts is the law of the place where the injury occurred."» [notes omises] à la p. 73; voir également Castel et Walker, *supra* note 25 («[i]n *Tolofson v. Jensen* and *Lucas v. Gagnon*, the Supreme Court suggested that for choice of law purposes, the place of tort is where the wrongful activity occurred because the law of that place must determine the character of the wrong and its legal consequences. However, where all the facts and events that constitute the wrongful activity occur in one state but the consequences of that activity are felt in another state, the Court seemed to be prepared to consider the place of injury, that is where the harm ensued, as the place of the tort. Nevertheless, the question was not before the court in *Tolofson* and the *Lucas* cases because the wrongful activity and the injury had occurred in the same place» [notes omises] aux pp. 35-17, 35-18).

30. Dans *Tolofson*, la Cour suprême a qualifié la prescription («*limitation period*») comme étant une question de droit substantif.

concernée³¹. Selon la nature contractuelle ou extracontractuelle de la relation patient-médecin, deux catégories intéressent la responsabilité médicale : les «*contracts*» et les «*torts*»³². Cette réalité a donné ouverture à ce qui est reconnu par la doctrine comme étant un dispositif d'évitement («*escape device*»), c'est-à-dire un mécanisme permettant au demandeur d'échapper à l'application d'une règle de conflit qui serait autrement pertinente³³.

En situant la faute du médecin dans le cadre d'une relation contractuelle, on évite l'application de la règle de la *lex loci delicti* en faveur de la règle de rattachement propre aux contrats, soit la «*proper law of the contract*». Selon Castel, il serait donc possible de recourir au «system of law by which the parties expressly intended the contract to be governed, or where their intention is not expressed, the system of law with which the transaction has its most real and

31. Les catégories sont «*contracts*», «*torts*», «*property*», «*family*», «*succession*», voir J. Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts: The Aftermath of *Tolofson v. Jensen*; *Lucas v. Gagnon*» (1999) 12:2 R.Q.D.I. 49 à la p. 50 [Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts»].

32. La Common law reconnaît la nature contractuelle de la relation patient-médecin et, en conséquence, l'existence du recours basé sur l'inexécution des obligations contractuelles du médecin, voir G. Robertson, «Negligence and Malpractice» dans J. G. Downie, T. A. Caulfield et C. M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Markham, Butterworths, 2002 à la p. 105 («[a]s well as giving rise to a duty of care in tort, the doctor-patient relationship is also a contractual one. Although the contract is seldom expressed in writing, it is implied by law, and it gives rise to a number of contractual rights and obligations. One of the implied terms of the contract is that the doctor will exercise reasonable care in treating the patient. When a patient sues a doctor, it is common practice for the claim to be expressed in terms of breach of contract as well as negligence. In most cases this has no significant effect on the outcome of the claim; the content of the doctor's contractual duty to exercise reasonable care is identical to the tort duty, and hence the fact that the duty exists both in contract and in tort will usually be immaterial» à la p. 105 [note omise]); voir également *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, rectifié [1988] 1 R.C.S. 1206. En droit québécois, il faut toutefois noter l'interdiction de l'option de régime codifiée à l'article 1458 C.c.Q.

33. Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts», *supra* note 31 («[a]ll courts, English, French, Canadian and American, have developed a number of techniques to avoid the application of the law "selected" by the choice of law rule that the court felt compelled to follow. There were three general techniques that American (and English) courts developed. The class of techniques was recognized as offering a variety of "escape devices", i.e., devices used to escape the application of a choice of law rule considered to be unsuitable on one ground or another» [note omise] à la p. 61).

substantial connection»³⁴. Par un simple jeu de qualifications, la structure d'analyse des conflits de lois permet de contourner le principe adopté dans *Tolofson*, principe dont le choix était pourtant motivé par le besoin d'une plus grande certitude du droit³⁵.

-
34. J.-G. Castel, *Introduction to Conflict of Laws*, 4^e éd., Markham, Butterworths, 2002 à la p. 189.
35. Pour un exemple récent du succès de ce mécanisme d'évitement, voir *Herman c. Alberta (Public Trustee)* (2002), 308 A.R. 320, 2 Alta. L.R. (4^e) 132. Plusieurs auteurs ont utilisé cette décision afin d'illustrer l'échec de *Tolofson*, voir par ex. V. Black, «Crash: the Ontario Court of Appeal bumps into *Tolofson*» (1998) 41 C.C.L.T. (2^e éd.) 170 («[t]he decision of the Ontario Court of Appeal in *Hanlan v. Sernesky* is the most important development in choice of law in tort since the Supreme Court of Canada decided *Tolofson v. Jensen* in 1994. This is so because *Hanlan* responds to a crucial question left undecided in *Tolofson*, namely, what should be the choice of law rule for international as opposed to interprovincial road accidents? *Hanlan* answers that question in a way which creates a significant exception to the *Tolofson* rule, and moreover reaches its conclusion by a quite different approach to choice of law, one which emphasizes justness of the result in the individual case rather than the rigid but supposedly certain rules favoured by the Supreme Court in *Tolofson*. The upshot is to create an instability with respect to choice of law in torts, an instability which is exacerbated by uncertainties arising from the brevity of the reasons given by the Court of Appeal in *Hanlan*» [notes omises]); Swan, «The New Choice of Law Rules in Torts», *supra* note 31 («[i]t may well be that it is pointless to criticize the decision; it has been given and it has been applied. What is, however, important is to note that, while the *lex loci delicti* may well be, by accident, an appropriate rule in some cases, the nature of the rule in the context of the structure for analysis that I have described has set the stage for manipulation of the rule. This manipulation was exactly what happened in the United States and was one of the vivid reasons for its rejection there: what good is a mechanical rule, designed to give certainty, if it can be manipulated so as to deny in practice any certainty in fact? The demonstration that the rule will not provide certainty is illustrated by the decision of Platana J. in *Hanlan v. Sernesky*» [note omise] aux pp. 56-57); Castel et Walker, *supra* note 25 («[p]erhaps the suggestion by the Supreme Court of Canada in *Tolofson* that "order" must come before "fairness" needs to be revisited. Recent caselaw suggests that order (certainty) may be achievable only through the application of a fair rule – one that is guided by the underlying principles of tort law rather than that of the territorial principle of international law. Such a rule might focus on the relationship between the parties that establishes the duty of care, and on the law that the parties would reasonable expect to govern their respective rights and obligations. Where the parties' relationship is defined geographically, as it is with strangers in traffic, the *lex loci* would govern, but as is more often the case, where the parties' relationship is defined otherwise – for example, as it might be between doctor and patient, employer and employee, manufacturer and consumer – the law indicated by that relationship would govern» [note omise] aux pp. 35-13); au même effet, voir J. Walker, «"Are We There Yet?" Towards a New Rule For Choice of Law in Tort» (2000) 38 Osgoode Hall L.J. 331 («[s]till, in those few years, Canadian courts, such as the Ontario courts in *Hanlan*, have moved swiftly to take maximum advantage of a narrow exception speculated upon in *obiter* in *Tolofson*» à la p. 334).

Tant en Common Law canadienne qu'en droit civil québécois, il n'existe aucune règle générale de droit international privé nous permettant d'établir avec conviction le *locus* de l'acte médical en télémedecine. Cela nous conduit à porter notre attention sur le droit public, plus particulièrement sur la réglementation de la pratique médicale.

II - *Locus* de l'acte médical eu égard à la réglementation de la pratique télémedicale

Comme nous le démontrerons, les règles de conflits qui déterminent la compétence du tribunal et le droit applicable aux actions en responsabilité n'apportent pas de solutions aux autres controverses majeures en télémedecine, comme celle relative à l'étendue du droit d'exercice ainsi que celle ayant trait au droit à la rémunération dans le cadre de régimes étatiques d'assurance-maladie. De plus, alors que l'établissement de la responsabilité civile fait appel aux règles du droit privé, les autres controverses relèvent essentiellement du droit public³⁶. Afin de proposer une approche cohérente à toutes ces questions, nous devons avant tout préciser le *locus* de l'acte posé dans chacun de ces contextes.

De prime abord, il faut comprendre que la notion de territorialité, en soi, n'est pas une indication suffisante de l'approche à adopter puisque la législation réglementant certaines branches du droit admet la compétence des tribunaux à l'égard de personnes situées à l'étranger³⁷. En ce qui concerne l'application de la compétence territoriale de l'État, le droit international reconnaît son pouvoir d'exiger que les personnes, les biens et les activités poursuivies dans les limites de son territoire soient assujettis à son ordre juridique. Selon Takach, «[a]s a general proposition, the jurisdiction of a government to pass and enforce laws is limited, in terms of physical proximity, to the land mass comprising the particular country, province, state, municipality, or other substate entity under the control of such government»³⁸.

36. P. Trudel *et al.*, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997 aux pp. 4-3 et s.

37. G. S. Takach, *Computer Law*, 2^e éd., Toronto, Irwin Law, 2003 à la p. 648. Voir les propos de Trudel *et al.*, *ibid.* aux pp. 4-10, 4-11 relativement au droit criminel. Voir généralement Côté, *supra* note 16 aux pp. 251 et s.

38. Takach, *ibid.* Voir aussi Trudel *et al.*, *supra* note 36 à la p. 4-13 («[c]e principe, qui témoigne de la souveraineté des États (ou du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), est reconnu dans le monde entier. Les lois canadiennes reconnaissent également ce principe et les exceptions donnant une portée extraterritoriale à ses dispositions sont énoncées

Si, par le passé, la notion de juridiction territoriale a reçu une interprétation restrictive, la tendance actuelle est de l'envisager plus généreusement. En effet, on tend à élargir la notion de compétence territoriale pour englober toute activité poursuivie en dehors du territoire de l'État mais qui entraîne des conséquences dans ses limites. D'après le professeur Arbour, «[l]e principe de territorialité objective vise à autoriser un État à juger des infractions commises à l'étranger par des étrangers mais dont l'effet préjudiciable se fait sentir dans cet État»³⁹. Ceci est l'expression de la doctrine de l'effet⁴⁰ ou, autrement dit, du «principe de territorialité objective», dont la validité a été reconnue par la Cour permanente de justice internationale en 1927 dans l'*Affaire du «Lotus» (France c. Turquie)*⁴¹ :

Aucun argument, d'où il résulterait que les États se reconnaissent obligés, l'un envers l'autre, de tenir compte seulement du lieu où se trouve l'auteur du délit au moment du délit, n'est venu à la connaissance de la Cour. Par contre, il est constant que les tribunaux de beaucoup de pays, même de pays qui donnent à leur législation pénale un caractère strictement territorial, interprètent la loi pénale dans ce sens que les délits dont les auteurs, au moment de l'acte délictueux, se trouvent sur le territoire d'un autre État, doivent néanmoins être considérés comme ayant été commis sur le territoire

expressément» [notes omises]). Sur les origines du principe de territorialité, voir J. P. McEvoy, «Federalism, Territorialism and Justice Laforest» dans DeLloyd J. Guth, dir., *Gerald V. La Forest at the Supreme Court of Canada 1985-1997*, Winnipeg, Supreme Court of Canada Historical Society, 2000 à la p. 345 («[t]o reconcile the counter-tensions of sovereignty and territoriality, Ulrich Huber (1689) proposed three principles : 1st. The laws of every empire have force within the limits of that government, and are obligatory upon all who are within its bounds. 2d. All persons within the limits of a government are considered as subjects, whether their residence is permanent or temporary. 3d. By courtesy of nations, whatever laws are carried into execution, within the limits of any government, are considered as having the same effect every where, so far as they do not occasion a prejudice to the rights of the other governments, or their citizens» [note omise] aux pp. 347-48).

39. J.-M. Arbour, *Droit international public*, 3^e éd., Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1997 à la p. 268. Voir également *Dictionnaire de droit international public*, s.v. «compétence de l'État».

40. Voir *Dictionnaire de droit international public*, s.v. «effet (doctrine de l')».

41. (1927), C.P.J.I. (sér. A), n° 10, en ligne : Cour Internationale de Justice <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions/ccpij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf> [*Affaire du «Lotus»*]. Sur l'évolution du principe de territorialité, voir D. J. Gerber, «Prescriptive Authority: Global Market as a Challenge to National Regulatory Systems» (2004) 26 Hous. J. Int'l L. 287 aux pp. 294-99.

national, si c'est là que s'est produit un des éléments constitutifs du délit et surtout ses effets.⁴²

En droit canadien, le principe de territorialité a grandement évolué suite à l'intervention de la Cour suprême dans l'affaire *Libman c. La Reine*⁴³. En effet, la Cour suprême y a développé le critère du «lien réel et important» qui favorise une interprétation libérale du principe de territorialité. Écrivant au nom de la Cour, le juge La Forest affirme :

Je pourrais résumer ainsi ma façon d'aborder les limites du principe de la territorialité. Selon moi, il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu'une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada. Comme l'affirment les auteurs modernes, il suffit qu'il y ait un «lien réel et important» entre l'infraction et notre pays, ce qui est un critère bien connu en droit international public et privé.⁴⁴

De cette manière, la seule limite au principe de territorialité serait l'absence de «lien réel et important» entre l'acte reproché et l'État qui cherche à le réprimer⁴⁵. Il n'est donc pas surprenant que les tribunaux canadiens considèrent la compétence des ordres professionnels à l'endroit de leurs membres comme s'étendant aux actes sans égard au lieu où ils ont été posés et, conséquemment, à des actes posés à l'étranger. En effet, il s'agit de l'essence des décisions rendues par plusieurs instances incluant la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Legault and Law Society of Upper Canada*⁴⁶, la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Re Underwood McLellan & Associates Ltd. c.*

42. *Affaire du «Lotus»*, *ibid.* à la p. 23.

43. [1985] 2 R.C.S. 178 [*Libman*]. Voir aussi J.-G. Castel, *Extraterritoriality in International Trade: Canada and the United States of America Practices Compared*, Toronto, Butterworths, 1988 («[i]n order to overcome the mockery of justice that would result from a rigid adherence to the territoriality principle in cases where not all the constituent elements of an offence and its effects take place wholly within the confines of one state, a distinction has been made between subjective and objective territoriality» à la p. 11).

44. *Libman*, *ibid.* aux pp. 212-13.

45. Côté, *supra* note 16 («[e]n résumé, et en simplifiant, on peut dire que la loi d'un État a un effet extraterritorial lorsqu'elle entend régir des personnes, des biens, des actes ou des faits juridiques qui n'ont pas un «lien réel et important avec cet état» [note omise] aux pp. 257-58).

46. (1975), 8 O.R. (2^e) 585 (C.A.) (avocat).

*Association of Professional Engineers of Saskatchewan*⁴⁷, la Haute Cour de Justice de l'Ontario dans *Re Feige and Governing Board of Denture Therapists*⁴⁸, la Cour suprême du Canada dans *Black c. Law Society of Alberta*⁴⁹ et, plus récemment, la Cour d'appel du Québec dans *Paquette c. Comité de discipline de la Corporation professionnelle des médecins du Québec*⁵⁰. Toutes ces décisions considèrent que les ordres professionnels sont investis d'une compétence personnelle à l'endroit de leurs membres et que cette compétence les autorise à punir tout écart de conduite, sans égard au lieu de sa survenance.

Tel qu'envisagé par le droit contemporain, le principe de territorialité n'est pas enfreint par le seul exercice de la compétence personnelle des ordres professionnels sur leurs membres. Comme il a été dit précédemment, tant qu'il existe un lien réel et substantiel entre les gestes répréhensibles imputés au professionnel et le devoir de l'ordre de protéger le public, le principe de territorialité de la loi est présumé être respecté. En droit disciplinaire, cela s'illustre clairement par l'extension de l'application de certains règlements à des actes commis à l'extérieur de la province. Par exemple, dans *Paquette*, la Cour d'appel du Québec a statué que le *Code de déontologie des médecins*⁵¹ «suivait» le médecin québécois et s'appliquait donc aux actes posés au-delà des frontières du Québec⁵².

Dans cette affaire, un membre du *Collège des médecins du Québec*(C.M.Q.) avait été déclaré coupable par un Comité de discipline d'avoir administré, en Haïti, une thérapie médicale non approuvée au Québec⁵³. Le médecin avait reçu les patients en consultation au Québec et les avait encouragés à recevoir ladite thérapie de lui, mais seulement en Haïti où cette forme particulière de traitement n'était pas interdite. Le médecin recherchait la

47. (1979), 103 D.L.R. (3^e) 268 (Sask. C.A.) (ingénieur).

48. (1981), 129 D.L.R. (3^e) 564 (Div. gén. Ont.) (dentiste).

49. [1989] 1 R.C.S. 591 (avocat).

50. [1995] R.D.J. 301, 67 Q.A.C. 201 [*Paquette* avec renvois à la R.D.J.]. Voir les autres décisions citées dans *Paquette : Pfeiffer c. Fortier* (*Tribunal des professions*), Montréal 500-02-004951-856, 12 mai 1986 (C.Q.) et *Comité -Avocats* 20, [1975] D.D.C.P. 101.

51. R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1.

52. *Paquette*, *supra* note 50.

53. La thérapie insulino-cellulaire, dite thérapie donatienne, consiste essentiellement à augmenter la perméabilité des cellules à d'autres médicaments au moyen d'injections d'insuline.

révision de la décision sur la base de l'absence de juridiction du C.M.Q. pour statuer sur la culpabilité d'un médecin relativement à des actes contraires au *Code de déontologie* qu'il a, par ailleurs, commis dans un pays étranger.

Parlant pour la Cour d'appel qui a maintenu les décisions de la Cour supérieure et du Tribunal des professions, le juge Baudouin est d'avis que, bien qu'on ne doive pas adopter la «position extrême voulant qu'une corporation professionnelle puisse avoir juridiction en tout état de cause, dans tous les cas, sur tout acte posé à l'étranger par un de ses membres»⁵⁴, dans le litige sous étude, le Comité de discipline avait le droit de sanctionner les actes accomplis par l'appelant. En effet, tous les patients étaient québécois. De plus, la faute reprochée au docteur Paquette s'étendait non seulement à l'administration du traitement, c'est-à-dire les injections d'insuline faites en Haïti, mais aussi à l'établissement du diagnostic et à la recommandation du traitement, lesquels avaient été faits au Québec⁵⁵. À ce sujet, l'affirmation du juge Baudouin à l'effet qu'«[i]l n'est peut-être pas inutile de rappeler que nous ne sommes pas ici en matière de droit criminel où, sauf exception, le principe de territorialité est la règle (art. 6(2) C.cr.), mais en matière disciplinaire où c'est moins la réprobation sociale qui motive la sanction exemplaire de l'individu que le maintien de la qualité professionnelle des membres d'une Corporation»⁵⁶, risque de soulever des interrogations dans l'esprit du lecteur qui pourrait être tenté d'envisager la compétence personnelle de l'ordre d'une profession comme une dérogation au principe de territorialité de la loi.

Même si l'exercice de la compétence personnelle d'une corporation professionnelle à l'égard d'un de ses membres relativement à des actes commis à l'étranger semble, en apparence, constituer une exception au principe stricte de territorialité de la loi, il devrait plutôt être traité comme étant légitimé par une interprétation extensive de ladite règle, d'où le principe de territorialité objective. De cette manière, on peut dire qu'«une loi n'a pas d'effet extraterritorial simplement parce qu'elle prétend régir une personne, un bien, un acte ou un fait

54. *Paquette, supra* note 50 à la p. 304.

55. *Paquette, ibid.* Dans son jugement, le juge Baudouin cite l'opinion exprimée par le juge La Forest dans l'arrêt *Black c. Law Society of Alberta*, *supra* note 49 à la p. 631, ainsi que *Legault c. Law Society of Upper Canada*, *supra* note 46 et *Underwood, McLennan and Association of Professional Engineers of Saskatchewan*, *supra* note 47.

56. *Paquette, ibid.* à la p. 305.

physiquement situés à l'étranger»⁵⁷ et que «[c]'est le *situs* aux yeux du droit qui doit être pris en considération»⁵⁸. En raison de la particularité des faits pertinents de la décision *Paquette*, il est juste d'affirmer que la question de la juridiction extraterritoriale est loin d'être résolue.

En l'absence de législation, il ne peut y avoir fondamentalement qu'un choix quant au lieu où l'acte (ou l'omission) est présumé avoir été posé en télémedecine, soit au lieu où se situe le médecin, soit à l'endroit où se trouve le patient. Chacune des alternatives comporte des avantages et a reçu l'adhésion d'un certain nombre d'organisations.

Au Canada, le C.M.Q.⁵⁹, le *College of Physicians and Surgeons of British Columbia*⁶⁰ et l'*Association des infirmières et infirmiers du Canada*⁶¹ ont tous statué que les services médicaux délivrés par le moyen de la télémedecine sont présumés avoir été rendus au lieu où se trouve le médecin. Aux États-Unis, le *U.S. Health Care Financing Administration* a décidé qu'à des fins de remboursement dans le cadre du programme «Medicare», le service est rendu au lieu où se situe le professionnel qui a fourni la consultation⁶².

57. Côté, *supra* note 16 à la p. 257.

58. *Ibid.*

59. Collège des Médecins du Québec, Énoncé de position, «Télémedecine» (mai 2000), en ligne : Collège des médecins du Québec <<http://www.cmq.org/UploadedFiles/positiontelemedecineang00.pdf>>.

60. Telle position est suggérée dans G. Tremblay McCaig, «L'influence du droit constitutionnel à la vie privée dans le domaine de la télémedecine» (2003) 29 *Queen's L.J.* 326 à la n. 10, ainsi que dans Hasham, Akalu et Rossos, *supra* note 4 à la p. 15.

61. Association des infirmières et infirmiers du Canada, Énoncé de position, EP-52, «Le rôle de l'infirmière dans la télépratique» (novembre 2001), en ligne : Association des infirmières et infirmiers du Canada <http://www.cna-aiic.ca/_frames/policies/policiesmainframe_fr.asp> («[l]es infirmières actives en télépratique exercent dans la province ou le territoire où elles sont situées et autorisées, peu importe où se trouve le client. C'est pourquoi elles doivent dispenser des services de télépratique infirmière conformes au *Code de déontologie des infirmières autorisées*, aux normes d'exercice de la profession, aux mesures législatives pertinentes et aux guides de pratique de la province ou du territoire où elles sont autorisées et où elles exercent la profession»).

62. U.S. Health Care Financing Administration, «HCFA Regulations for Rural Reimbursement Released» (22 juin 1998), en ligne : <www.atmeda.org/news/ruralregtxt.html> (en anglais, on peut lire que le «site of service is the location of the practitioner providing the consultation»).

La position du C.M.Q. illustre parfaitement cette approche. Elle se base sur les prémisses qu'un ordre professionnel a la mission première de protéger le public et qu'il exerce une compétence personnelle et non simplement territoriale à l'endroit de ses membres. De la même façon qu'une consultation traditionnelle requiert une rencontre, normalement par la présence physique du patient auprès du médecin, ce point de vue exprime également l'idée que le patient, lors d'une téléconsultation, doit se rendre au cabinet du médecin, mais qu'alors, sa présence est virtuelle. Par conséquent, quoique le médecin qui exerce à l'intérieur du territoire québécois doive détenir un permis pour le faire, le médecin titulaire d'un permis d'exercice d'une autre juridiction, qui pourvoit une téléconsultation à partir de l'extérieur de la province à un patient québécois, n'aurait pas l'obligation d'être membre du C.M.Q. Dans son cas, la détention du permis d'exercice délivré par l'autorité compétente du lieu d'où il exerce serait suffisante.

Le document énonçant la position du C.M.Q. souligne les nombreux avantages qu'elle présente, notamment celui d'éviter au médecin la nécessité d'être titulaire d'un permis d'exercice dans plus d'une juridiction ou, encore, d'être autorisé à pratiquer dans tous les hôpitaux ou établissements où la consultation est reçue. De plus, il confirme l'obligation du médecin consulté de conserver les dossiers médicaux de la consultation. Cette position se reflète également dans l'analyse faite par les auteurs Pong et Hogenbirk, qui fait ressortir toutes les complexités d'un système exigeant la délivrance de permis d'exercice par plusieurs ordres professionnels et de privilèges par plusieurs hôpitaux ou établissements⁶³. Au nom de la commodité et de la simplicité, le médecin fournissant des services de télésanté serait donc soumis uniquement à la structure légale de sa propre juridiction⁶⁴.

Toutefois, plusieurs arguments de taille peuvent être soulevés à l'encontre de ce point de vue qui est loin de faire l'unanimité. Selon Pong et Hogenbirk, cette position ne procure pas aux patients non-résidents une protection adéquate parce que, de toute évidence, l'autorité la mieux placée pour assurer leur protection est l'autorité compétente dans la juridiction de leur

63. Pong et Hogenbirk, *supra* note 1.

64. A. Lacroix *et al.*, «International Concerted Action in Collaboration in Telemedicine: Recommendations for G-8 Global health Applications Subproject-4» (2002), en ligne: American Telemedicine Association <<http://www.atmeda.org/news/newres.htm>>.

résidence et que l'examen des plaintes serait plus difficile dans les cas où elles concerneraient des patients non-résidents⁶⁵. À cet égard, Caryl considère que le patient qui dépose une plainte dans la juridiction qui a délivré le permis d'exercice au médecin plutôt que dans la juridiction de son propre lieu de résidence, serait moins bien protégé puisque cet ordre n'aurait que peu d'intérêt à consacrer les ressources nécessaires à l'investigation de la plainte d'un patient non-résident⁶⁶. Ainsi, selon Caryl, ceci «[would] unjustly shift the burden of legal protection against the patient»⁶⁷.

Pour Heather Daly, la fiction juridique selon laquelle le patient se rendrait électroniquement chez le médecin aurait l'effet de provoquer du «*forum shopping*» et d'encourager les fournisseurs de services télé médicaux à s'établir dans certaines juridictions dont les lois seraient plus favorables à la défense d'une action en responsabilité professionnelle⁶⁸.

Nous sommes sensibles à l'argument dénonçant le fait que les victimes de soins négligents pourraient être contraintes au dépôt d'une plainte en dehors de leur juridiction de résidence, avec tous les inconvénients qui s'ensuivent. Toutefois, la crainte du «*forum shopping*» ou de l'exploitation d'«abris légaux» de responsabilité professionnelle par les médecins engagés en télésanté nous apparaît moins convaincante pour la simple raison que le *locus* du défendeur n'est pas nécessairement le facteur pertinent dans la détermination de la loi applicable. Comme nous l'avons souligné ci-haut, le droit international privé suit son propre ensemble de règles et, en l'absence de législation particulière régissant la prestation des services de télésanté, il fonctionne à la lumière de principes généraux de conflits de lois⁶⁹.

65. Pong et Hogenbirk, *supra* note 1 à la p. 8.

66. C. J. Caryl, «Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine» (1998) 12 J.L. & Health 173 aux pp. 188-89.

67. *Ibid.* à la p. 188.

68. H. L. Daly, «Telemedicine: The Invisible Legal Barriers to the Health Care of the Future» (2000) 9 Annals Health L. 73 à la p. 102.

69. K. Poe est, d'une certaine manière, plus nuancé dans son analyse en ce qu'il distingue entre les applications interactives et non-interactives de la télé médecine. Dans le cas d'applications non-interactives, comme en téléradiologie et télépathologie, l'acte se pose où se situe le médecin, tandis que, lorsque la consultation est interactive, c'est-à-dire qu'elle s'opère en temps réel, l'acte se pose où se situe le patient, voir K. Poe, «Telemedicine Liability: Texas and Other States Delve into the Uncertainties of Health care Delivery Via Advanced Communications Technology» (2001) 20:3 Rev. Litig. 681 aux pp. 699-700.

En raison d'objections de cette nature, l'opinion prépondérante est à l'effet qu'en télémedecine l'acte est posé là où se situe de patient. Assez curieusement, seulement deux ordres provinciaux de médecins et chirurgiens, ceux de l'Alberta et du Nouveau-Brunswick, ont formellement adopté cette position, bien que de manière indirecte. Par exemple, le *College of Physicians and Surgeons of Alberta* soutient avoir compétence sur les services télémédicaux fournis au patient à l'intérieur de son territoire⁷⁰, tandis que l'article 47 du *Règlement sur les fautes professionnelles* du *Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick* affirme que le fait de pratiquer, par quelques moyens, la médecine dans une autre juridiction sans y avoir obtenu un permis constitue une faute, laissant ainsi sous-entendre que la localisation du patient détermine le *locus* du traitement⁷¹. La *Federation of Medical Licensing Authorities of Canada* (maintenant connue sous le nom *Federation of Medical Regulatory Authorities of Canada*), une association nationale d'autorités provinciales et territoriales de réglementation de la profession médicale, créée dans le but de promouvoir une perspective nationale sur des questions relatives à la délivrance de permis d'exercice et à la réglementation de la pratique médicale, a exprimé l'opinion selon laquelle, vu la plus grande accessibilité aux structures d'imputabilité de sa propre juridiction, il serait mieux que l'acte télémedical soit présumé être posé là où se situe le patient⁷². Telle est également la position adoptée par l'*Association canadienne de protection médicale* dans son *Feuilleton d'information* du mois d'octobre 2003 dans lequel elle prévoit que, pour des fins de couverture d'assurance, le lieu où le soin est prodigué sera le lieu de situation du patient au moment où il le reçoit⁷³.

-
70. College of Physicians and Surgeons of Alberta, «Council Passes Telemedicine Bylaw» (septembre 2000) 81 The Messenger 8, en ligne : College of Physicians and Surgeons of Alberta <http://cpsa.softworks.ca/publicationsresources/attachments_messengers/m81.pdf> («[w]hen a medical opinion or treatment are provided by means of telemedicine to a patient in Alberta, that medical opinion or treatment is deemed to have been provided at the patient's geographic location» à la p. 8).
71. College of Physicians and Surgeons of New Brunswick, «Bulletins» (avril 1999), en ligne : Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick <<http://www.cpsnb.org/english/Bulletins/april-1999.html>>.
72. Federation of Medical Regulatory Authorities of Canada, Policy Statements and Guidelines, «Telemedicine» (juin 1999), en ligne : Federation of Medical Regulatory Authorities of Canada <<http://www.fmlac.com/index.cfm?fuseaction=content&ID=34&mainID=19>>.
73. L. Dion, P. Ceresia et D. Crolla, «Assistance de l'ACPM lors de poursuites en justice découlant de la pratique de la télésanté – Principes généraux» *Feuilleton d'information [de l'Association canadienne de protection médicale]* (octobre 2003).

Plusieurs autres organisations professionnelles adhèrent aussi à ce point de vue. Par exemple, l'*American College of Radiology* est d'avis que les règles relatives à la prestation télé médicale sont celles qui s'appliquent au site de transmission des images radiologiques, donc normalement à l'endroit où se situe le patient⁷⁴. Pareillement, l'*American Medical Association*⁷⁵, l'*American College of Pathologists*⁷⁶, la *Federation of State Medical Boards*⁷⁷, l'*Australian Medical Council*⁷⁸, le *Comité Permanent des Médecins Européens*⁷⁹, l'*Association*

-
74. L'*American College of Radiology* affirme aussi que «[p]hysicians who provide the official interpretation of images transmitted by teleradiology should maintain licensure as may be required for provision of radiologic service at both the transmitting and receiving sites. When providing the official interpretation of images from a hospital, the physician should be credentialed and obtain appropriate privileges at that institution», voir American College of Radiology, «A.C.R. Technical Standard for Teleradiology» (2003), en ligne : American College of Radiology <http://www.acr.org/dyna/?doc=departments/stand_accred/standards/dl_list.html> à la p. 712.
 75. American Medical Association, «Physician Licensure: An Update of Trends» (janvier 2002), en ligne : American Medical Association <<http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/2378.html>>.
 76. College of American Pathologists, «College of American Pathologists Policy on Licensure Requirements for Interstate Diagnosis Including Interstate Telemedicine Practice» (février 2003), en ligne : College of American Pathologists <<http://www.cap.org/apps/docs/statline/telemed.pdf>> (le patient est présumé s'être présenté pour obtention d'un diagnostic dans l'État où le spécimen a été effectivement obtenu).
 77. Federation of State Medical Boards, «A Model Act to Regulate the Practice of Medicine Across State Lines» (avril 1996), cité dans Federation of State Medical Boards, «Model Guidelines for the Appropriate use of the Internet in Medical Practice» (avril 2002), en ligne : Federation of State Medical Boards <http://www.fsmb.org/Policy%20Documents%20and%20White%20Papers/internet_use_guidelines.htm#_ftnref8>.
 78. Uniform Committee Working Party on Telemedicine, «Australian Medical Council Discussion Paper on Registration Implications of Telemedicine» (1988) cité dans The Royal Australian and New Zealand College of Psychiatrists, Position Statement, No. 44 «Telepsychiatry» (octobre 2002), en ligne : The Royal Australian and New Zealand College of Psychiatrists <<http://www.ranzcp.org/pdf/posstate/ps44.pdf>> à la p. 9.
 79. Standing Committee of European Doctors, CP 97/033, «Ethical Guidelines in Telemedicine» (avril 1997), en ligne : Standing Committee of European Doctors <http://213.177.130.12:591/adopted/cp%201997_033.pdf>.

*Médicale Mondiale*⁸⁰ et l'*International Bar Association*⁸¹ affirment tous que l'acte médical est posé où se situe le patient.

Malgré les coûts et les autres inconvénients de l'obligation de détenir plus d'un permis d'exercice, le choix de la juridiction du patient comme *locus* d'imputabilité présente l'avantage de s'accorder avec la règle traditionnelle voulant que chaque État ou province réglemente l'exercice de la médecine à l'intérieur de ses frontières et, par là, de contribuer à un meilleur contrôle sur les normes applicables⁸². La fiction voulant que le patient se transporte électroniquement auprès du médecin semble n'être qu'un stratagème conçu dans l'intention d'obvier au problème de la multiplication des permis d'exercice. L'acte médical ayant pour finalité de soigner la maladie, la pratique de la médecine *doit* être centrée sur le patient⁸³ et non sur le médecin⁸⁴. Néanmoins,

80. Association Médicale Mondiale, «Prise de position de l'Association Médicale Mondiale sur les responsabilités et les directives éthiques liées à la pratique de la télémédecine» (octobre 1999), en ligne : Association Médicale Mondiale <<http://www.wma.net/f/policy/a7.htm>> aux paras 12 et 22.

81. International Bar Association, Section on Legal Practice, «Draft International Convention on Telemedicine and Telehealth» (22 juillet 1999), en ligne : European Health Telematics Observatory <<http://www.ehto.org/legal/draftconvention.doc>>.

82. Pong et Hogenbirk, *supra* note 1 à la p. 8; Daly, *supra* note 68 aux pp. 88, 106 (elle suggère que, même si les lois professionnelles ont pour objet la protection du public, «[t]hey can also be used as an anti-competitive device to protect the business interests of local providers» [note omise] à la p. 88).

83. Voir par ex. Canadian Medical Association, «Code of Ethics» (15 octobre 1996), en ligne : Canadian Medical Association <http://www.cma.ca/index.cfm/ci_id/2419/la_id/1.htm> («[c]onsider first the well-being of the patient» à l'article 1); R. P. Kouri et S. Philips-Nootens, «Civil Liability of Physicians Under Quebec Law» dans J. G. Downie, T. A. Caulfield, C. M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Markham, Butterworths, 2002, 533 («[w]e feel however that since medical acts necessarily have only one focal point, namely the patient, the patient's location should be determinant» à la p. 577).

84. L. McNamara, E. Nelson et B. Windwick, «Regulation of Health Care Professionals» dans J. G. Downie, T. A. Caulfield et C. M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Markham, Butterworths, 2002, 55 («[t]he primary regulatory or monitoring activity carried out by professional governing bodies is the discipline of members who do not meet the standards set by the profession. Discipline is the means by which health professions enforce their standards, and its goal is to prevent actions which threaten the well-being of the public» à la p. 77); *McCulloch Finney c. Barreau du Québec*, [2004] 2 R.C.S. 17, juge LeBel («[l]e premier objectif de ces ordres n'est pas de fournir des services à leurs membres ou de défendre leurs intérêts collectifs. Ils sont formés dans le but de protéger le public, comme le veut l'art. 23 du *Code des professions* [...] Ces dispositions confèrent aux membres du Barreau un monopole sur l'exécution d'un certain nombre d'actes professionnels tels que la

même ce point de vue exige d'être nuancé car, tel que le soutient avec justesse Domenic Crolla, un médecin fournissant des conseils médicaux spécifiques à un patient situé hors-province pratique en fait tant dans la province de sa localisation que dans la province de son interlocuteur⁸⁵. L'implication évidente ici est qu'en télémedecine, la nécessité d'être titulaire de plus d'un permis semble inévitable.

Mis à part les questions relatives à la détention du permis d'exercice, on constate aisément le risque de *«forum shopping»* quant aux matières relevant du droit disciplinaire, dans l'hypothèse où un médecin serait régi par plus d'une association professionnelle. En effet, la violation d'une règle déontologique applicable dans la juridiction propre au *locus* du médecin, mais moins rigoureuse dans celle du patient, permettrait à la victime de choisir une juridiction plus favorable au dépôt de sa plainte.

Devrait-on succomber à la tentation d'envisager le patient comme un simple consommateur et, en conséquence, adopter le paradigme propre aux lois de protection du consommateur qui cherchent à privilégier les intérêts du consommateur plutôt que ceux du commerçant⁸⁶? Procéder par des analogies de ce genre, bien que théoriquement intéressant, ne peut apporter le degré de certitude requis à des discussions de cette nature, lesquelles transcendent de simples considérations géographiques. Tout comme les signaux électroniques ou, de manière encore plus évidente, la pollution atmosphérique, la télémedecine, dans son essence, ne se cantonne pas aux limites territoriales d'un

consultation, la rédaction d'actes de procédure et la représentation devant les tribunaux (*Loi sur le Barreau*, art. 128). Puisque ce monopole n'est pas créé à des fins privées, mais pour reconnaître l'importance sociale du rôle de l'avocat dans une société démocratique fondée sur la règle de droit, il impose à l'ordre des obligations importantes de contrôle de la compétence et de surveillance de la conduite de ses membres après leur inscription au Tableau de l'Ordre (*Fortin c. Chrétien*, par. 12-18)» aux pp. 29-30).

85. D. A. Crolla, «Health care Without Walls: Responding to Telehealth's Emerging Legal Issues» (1998) 19:1 Health L. Can. 1 à la p. 12. Il est généralement admis que la question du permis d'exercice est «a primary barrier to telemedicine's future global expansion», voir N. Lugn, «Medical Licensure and Telemedicine: Necessity or Barrier?» (2001) Suffolk Transnat'l L. Rev. 165 à la p. 170.

86. Voir par ex. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, art. 21 («[l]e contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur»).

État⁸⁷. Il serait donc imprudent de laisser la détermination d'une question aussi importante aux aléas d'une approche prétorienne basée sur des analogies forcées.

Conséquemment, certaines initiatives doivent être prises dans le but de réglementer toutes les facettes de la pratique de la télé médecine. Ces solutions peuvent varier en complexité et en difficulté d'implantation, surtout lorsqu'elles se rapportent à des systèmes légaux reposant sur des assises différentes. Déjà, le 31 janvier 1997, dans son *Report to Congress*, le *Joint Working Group on Telemedicine* avait décrit huit modèles potentiellement applicables en télé médecine relativement à la seule problématique du permis d'exercice⁸⁸. Ceux-ci comprennent 1) l'exception de consultation⁸⁹, 2) l'endossement⁹⁰, 3) la reconnaissance mutuelle⁹¹, 4) la réciprocité⁹², 5) l'enregistrement⁹³, 6) le permis limité⁹⁴, 7) le permis national⁹⁵ et 8) le permis fédéral⁹⁶. Ce large éventail de solutions pour la résolution de l'une des questions relatives à la pratique télé médicale laisse présager que les autres problématiques feront aussi l'objet d'une même abondance de règles.

-
87. Daly, *supra* note 68 («[g]eography is irrelevant in the world telemedicine» à la p. 104).
88. Joint Working Group on Telemedicine, «Telemedicine Report to Congress» (31 janvier 1997), en ligne : U.S. Department of Commerce, National Telecommunications and Information Administration <<http://www.ntia.doc.gov/reports/telemed/legal.htm>>. Voir aussi Volkert, *supra* note 5 aux pp. 173 et s.
89. La demande de consultation par un médecin local permet au médecin non-résident de pratiquer la médecine sans permis dans cet État.
90. La seule détention d'un permis d'exercice dans un État permet au médecin non-résident d'obtenir un permis dans un autre État dont les normes de pratique sont semblables.
91. La détention d'un permis dans un État permet au médecin non-résident de pratiquer dans les autres États qui se sont entendus sur l'harmonisation des normes de pratique.
92. La détention d'un permis d'exercice dans un État qui reconnaît la validité du permis d'exercice délivré par d'autres États, permet au médecin non-résident de pratiquer dans ses États qui, réciproquement, reconnaissent la validité du premier.
93. Le seul enregistrement permet au médecin non-résident qui détient un permis dans un État de pratiquer dans un autre État pour lequel il s'enregistre.
94. La détention d'un permis limité permet de pratiquer certaines activités de la médecine dans l'État pour lequel le médecin non-résident obtient le permis.
95. La détention d'un permis national permet au médecin non-résident de pratiquer dans l'État qui lui a délivré le permis, délivrance qui est facilitée par l'harmonisation des normes entre les États.
96. La détention du permis fédéral permet au médecin résident d'un État de pratiquer à travers tout le pays en vertu d'un seul permis émis par le gouvernement fédéral.

Dans le contexte canadien, il importe d'éliminer le plus d'obstacles possible à la pratique de la télémedecine entre les provinces⁹⁷, mais il serait également opportun de faciliter et de réglementer la pratique de la télémedecine entre les États américains et les provinces. À cause des considérations relatives au partage constitutionnel des compétences législatives et au respect des pouvoirs reconnus aux provinces, la meilleure approche serait l'adoption d'une législation uniforme qui établirait clairement les règles applicables à l'attribution du permis d'exercice, à la responsabilité civile et déontologique, à la rémunération de l'acte, à la confidentialité et à la conservation des dossiers médicaux. Qui plus est, certaines modalités devront être étudiées comme, par exemple, l'impossibilité de pratiquer la télémedecine à moins d'une demande du médecin local, lequel assumerait la responsabilité première du traitement⁹⁸ ou, encore, l'opportunité de permettre au médecin étranger de fournir directement, par voies électroniques, les services médicaux au patient, sans nécessiter un quelconque intermédiaire. Il serait également pertinent de distinguer entre la prestation directe de services médicaux par voies électroniques et, par exemple, la publication sur Internet de renseignements sur la santé s'adressant au public en général, puisque seule la première hypothèse peut donner naissance à une relation thérapeutique⁹⁹. En tout état de cause, l'existence de la relation patient-médecin doit demeurer la base de la responsabilité médicale en télémedecine¹⁰⁰.

Conclusion

Les règles de droit international privé, bien que suffisantes pour résoudre des questions relatives à la juridiction et à la *lex causae*, ne sont d'aucune utilité dans la détermination à d'autres fins du *locus* d'un acte professionnel posé en

97. Cela serait conforme à l'esprit de la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, c. C-6, art. 7.

98. Batson, *supra* note 2 à la p. 615.

99. J. D. Blum, «The Role of Law in Global e-Health: A Tool for Development and Equity in a Digitally Divided World» [2002] Saint Louis U.L.J. 85 à la p. 95; G. E. Deleon, «Telemedicine in Texas: Solving the Problems of Licensure, Privacy, and Reimbursement» (2003) 34 St. Mary's L.J. 651 (affirme que la télésanté vise seulement à transférer de l'information générale sur la santé, alors que la télémedecine «involves the actual and direct delivery of medical care» à la p. 655); D. F. Meek, «Telemedicine: How an Apple (or Another Computer) May Bring Your Doctor Closer» [1998-99] Cumb. L. Rev. 173 («[o]nce a doctor has direct contact with a patient, be it verbal or visual, a physician-patient relationship should be imputed, along with the accompanying liability» à la p. 188).

100. Daly, *supra* note 68 à la p. 101.

télémedecine. Pendant que d'importantes questions demeurent en suspens à cause de l'hésitation des législateurs canadiens et québécois à adopter une solution définitive, nous sommes réduits à décider presque intuitivement (et peut-être arbitrairement)¹⁰¹ du lieu où se pose l'acte télémedical. Il est évident que, du point de vue du médecin à tout le moins, la solution la plus simple serait de déclarer l'acte médical posé là où il se situe. Les controverses relatives à la facturation aux programmes gouvernementaux d'assurance-maladie, à la délivrance du permis d'exercice et à la réglementation de la profession pourraient être ainsi résolues de manière expéditive. Quant à la question de savoir si un programme provincial d'assurance-maladie permettrait au médecin non-résident de le facturer pour des services rendus dans une juridiction particulière, la question demeure entière. Mis à part la commodité, il est indiscutable que la prestation médicale demeure un service fourni *au patient* et l'intérêt de ce dernier doit demeurer la raison d'être de cette activité¹⁰². La médecine a pour mission de traiter la maladie – un service public de la plus haute importance – et non pour faciliter la poursuite d'une carrière. Ces considérations, plutôt que celles relatives à la facilité et de la commodité, doivent être déterminantes dans l'identification du *locus* de l'acte médical.

La solution la plus évidente au dilemme serait l'adoption d'une législation uniforme par toutes les juridictions impliquées, solution qui aurait l'avantage incontestable de fournir des réponses cohérentes à ces interrogations, en plus d'être respectueuse de la compétence législative de chaque état ou province.

101. P. G. Gulick, «The Development of a Global Hospital is Closer Than We Think: An Examination of the International Implications of Telemedicine and the Developments, Uses and Problems Facing International Telemedicine Programs» [2000] *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 183 à la p. 206.

102. Kouri et Philips-Nootens, *supra* note 83 à la p. 577.